



“IL GOVERNO GIUDIZIARIO DELL’AUTONOMIA CONTRATTUALE”

*Lezione tenuta il 19 ottobre 2009, presso la Facoltà di
Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli Federico II,
Sede Centrale (C.so Umberto), Aula Pessina, dal*

Prof. Francesco Galgano

**Professore Emerito di Dir.Civile
Alma Mater Studiorum Università di Bologna**



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

*nel ciclo di lezioni magistrali
della IV Cattedra di Dir. Civile*

**Prof. Paolo Pollice,
Prof. ord. di Dir. Civile**

*ed introdotta
dal*

**Prof. Lucio de Giovanni
Presidente**

e dal

**Prof. Biagio Grasso
Prof. ord. di Dir. Civile**

Università di Napoli Federico II
Facoltà di Giurisprudenza



*La presente relazione sulla lezione tenuta presso la Facoltà di
Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli Federico II il
19 ottobre 2009 dal Prof. Galgano, Professore emerito di Dir. Civile
dell’Università di Bologna Alma Mater Studiorum, è consultabile
dagli studenti anche in formato digitale nella cartella “materiale
didattico” della pagina web del Prof. Pollice,
www.docenti.unina.it/paolo.pollice.*

*Il Prof. Galgano, accettando l’invito dal Prof. Pollice ad
intervenire nel ciclo di lezioni magistrali della IV Cattedra di Diritto
Civile della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di
Napoli Federico II, il giorno 19 ottobre 2009, nella storica aula
Pessina, ha tenuto una lezione accolta con vivo entusiasmo dalla
platea, composta non solo da molti esponenti illustri del mondo
accademico, ma anche da tanti giovani studenti di diritto civile, che,
essendo stati chiamati dal Prof. Pollice ad approfondire il tema del
contratto, anche tramite lo studio di una recente monografia del
Prof. Galgano¹, hanno colto l’occasione di apprendere dalla viva
voce dell’illustre Autore un’acuta analisi di alcuni dei profili più*

¹ Francesco Galgano, *Il contratto*, Padova, 2007 (Cedam).



significativi di quel fenomeno che prende il nome di “governo giudiziario dell’autonomia contrattuale”.

Il sentimento di orgoglio e soddisfazione con il quale la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli Federico II ha accolto il Prof. Galgano è stato espresso dalle parole di apprezzamento rivolte dal Preside Prof. De Giovanni e dal Prof. Grasso all’illustre Ospite quale studioso di fama internazionale, il cui valore è stato celebrato anche di recente tramite la sua proclamazione come Prof. Emerito di Diritto Civile presso la Università Alma Mater Studiorum di Bologna.

Qui di seguito saranno essenzialmente ripercorsi i passaggi più salienti delle riflessioni svolte dal Prof. Galgano sul tema del “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”, aggiungendo talora alcune note di approfondimento riguardanti la dottrina e la giurisprudenza richiamate nel corso della lezione (laddove possibile si è compiuto un rinvio ai testi integrali delle pronunce tramite riferimento a risorse on line, ciò esclusivamente per agevolare l’accesso alle fonti giurisprudenziali da parte degli studenti fuori sede).

La formula di “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale” è presente nella giurisprudenza della Cassazione a partire dal 1994² quale premessa giuridica della ratio decidendi delle relative pronunce.

Questa formula è innovativa rispetto ad una più tradizionale concezione del contratto, nella quale la volontà dei contraenti, sindacabile solo alla stregua dei vizi del consenso, era considerata come l’elemento dominante.

Nella letteratura giuridica degli anni quaranta/cinquanta del secolo scorso eminenti giuristi avevano inteso l’inserimento della causa tra i requisiti essenziali del contratto (art. 1325, n. 2, c.c.) quale scelta compiuta per ragioni di completezza, di simmetria concettuale, anziché quale riconoscimento della stessa

² Il Prof. Galgano ha inteso riferirsi alla [sentenza del 20 aprile 1994, n. 3775](#) (in *Corriere giur.*, 1994m p. 566, con nota di CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*) in cui la Corte di Cass. è arrivata a parlare di “governo della discrezionalità contrattuale”, della cui funzione è investito il giudice in virtù del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2°, c.c., e quello di conformità a buona fede (nella conclusione, nell’interpretazione e nell’esecuzione del contratto)— Cfr. Galgano, *op.ult.cit.*, p.552.



come criterio operativo³, alla stregua del quale risolvere controversie.

Sarebbe stata la giurisprudenza a sancire il superamento di queste posizioni dottrinali a far data dagli anni sessanta/settanta, periodo in cui iniziano a registrarsi pronunce della Cass. nelle quali, prendendo a considerare la causa un criterio operativo, si iniziò a dichiarare la nullità dei contratti anche in ragione della sua assenza.

Oggi la Cassazione, spingendosi ben oltre, parla di “governo giudiziario dell’autonomia contrattuale”, la cui funzione è quella di ristabilire l’equilibrio contrattuale alterato dalla posizione di prepotere di cui il contraente forte si sia avvalso a danno di quello debole.

Tale governo è stato riconosciuto dalla giurisprudenza, anche al di là degli ambiti specifici per i quali è stato lo stesso legislatore ad ammetterlo (si pensi alla legislazione nazionale in materia di usura —in particolare alla modifica dell’art. 1815, comma 2, c.c. ex. l. 7 marzo 1996, n. 108, in virtù della quale è nulla la clausola sugli interessi usurari, con conseguente conversione del mutuo da usurario in gratuito— o di sub-fornitura— specie all’art. 9 della l. 18 giugno 1998 n. 192—, o a quella di origine comunitaria a tutela dei consumatori —da ultimo confluita nel Codice del Consumo, d.lgs. del 6 settembre 2005 n. 206—, le quali prevedono la sanzione della nullità per i contratti o per le singole clausole espressione di uno squilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti dovuto all’abuso della maggiore forza dell’una a danno dell’altra)—, e ciò attraverso il ricorso a clausole di portata generale, implicite nel sistema normativo e formulate già nello stesso codice civile.

Si pensi alle norme che nel codice civile impongono la buona fede nella formazione (art. 1337), nell’interpretazione (art. 1366) e nella esecuzione (art. 1375) del contratto, tutte disposizioni che nella loro applicazione giurisprudenziale appunto realizzano un governo giudiziario dell’autonomia privata, oppure a quelle che

³ Il Prof. Galgano condivide, al contrario, la posizione di chi, come il LANZILLO, ritiene che «Il concetto di causa —comunque lo si voglia qualificare sotto il profilo dogmatico— ha la funzione pratica di consentire agli interpreti una valutazione di conformità del singolo contratto ai principi ed agli interessi dominanti l’intero sistema, escludendo che esso possa ritenersi valido *solo perché voluto*». Cfr. Galgano, p.542.

prevedono l'equità come fonte integrativa del contratto⁴ (art. 1374), l'interesse meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico come criterio valutativo della validità giuridica del contratto atipico (art. 1322, comma 2°, c.c.).

Il Prof. Galgano ha evidenziato come «la visione meramente quantitativa della circolazione, che emerge dal superamento del dogma della volontà e del favore per la più sicura, rapida ed ampia circolazione della ricchezza, trova così un correttivo nell'adozione dei principi ora ricordati, i quali ristabiliscono, secondo un diverso aspetto, una considerazione qualitativa della circolazione, permettono al giudice di verificare la congruità causale del contratto, la giustificazione economica dello scambio»⁵.

Caso pratico di governo giudiziario dell'autonomia privata compiuto in virtù dell'applicazione delle suddette clausole generali è quello riguardante la clausola del contratto di leasing che faccia gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna del bene oggetto del contratto.

Successivamente nella celebre sentenza n. 10926 del 2 novembre 1998 della Corte di Cassazione⁶, quest'ultima,

⁴ Quanto alla nozione di equità ex art. 1374, alla sua differenza con quella di cui all'art. 113 ss. c.p.c., alle diverse funzioni dell'equità, integrativa e correttiva, si veda Galgano, *op.ult.cit.*, pp. 51 ss.

⁵ Galgano, *op.ult.cit.*, pp.550.

⁶ Il **leasing finanziario** è un'operazione complessa con la quale la società di leasing (**concedente**) conferisce o concede in godimento ad un'impresa individuale o collettiva (**utilizzatore**) un bene strumentale all'esercizio dell'impresa stessa che la prima (ossia la società di leasing) ha acquistato dal produttore (**fornitore**) su scelta ed indicazione dell'impresa, verso corrispettivo di un canone periodico commisurato alla vita economica del bene e con facoltà per l'impresa di divenirne proprietaria mediante pagamento di un prezzo prestabilito, esercitando il diritto di opzione che accede al contratto.

Nel contratto di l.f. in senso stretto è spesso inserita la **clausola di traslazione o di trasferimento del rischio** con cui il concedente trasferisce sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna da parte del fornitore del bene oggetto del contratto di l.f. in senso stretto. Se questa clausola fosse valida anche in caso di mancata consegna, l'utilizzatore sarebbe ugualmente tenuto nei confronti della società di leasing al pagamento di tutti i canoni a quest'ultima dovuti.

La prima giurisprudenza chiamata a decidere della validità della suddetta clausola la ammise sulla base di un argomento, giudicato da buona parte della dottrina forse troppo riduttivo e meccanicistico: poiché l'utilizzatore oltre a scegliere il bene, sceglie ed indica anche la persona che

inaugurando un nuovo orientamento giurisprudenziale ad oggi dominante, ha sostenuto la tesi dell'invalidità di questa clausola, dichiarandone la nullità per violazione dell'art. 1322, comma 2°, c.c., in quanto non ritenuto funzionale alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Secondo molti autorevoli commentatori di questa pronuncia, tra i quali lo stesso Prof. Galgano, in essa era stato sancito il principio per il quale l'abuso commesso da una delle parti della propria maggiore forza contrattuale, integrante la violazione del canone della buona fede nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.)⁷, è sanzionato con la nullità del contratto (anche parziale).

La categoria dell'"abuso del diritto", che è stata oggetto di approfondite riflessioni nella dottrina e nella giurisprudenza, sin

dovrà fornirglielo, laddove tale decisione non sia stata presa con la dovuta ponderazione, tale utilizzatore risponde per **culpa in eligendo**, sanzionabile appunto tramite la clausola di trasferimento a suo carico del rischio derivante dall'inadempimento del fornitore stesso.

Con la sentenza della **Corte di Cassazione del 2 novembre 1998, n. 10926** in *Foro It.*, 1998, I,3081 detto orientamento giurisprudenziale è stato ribaltato. Secondo alcuni dei suoi commentatori dell'epoca questa pronuncia aveva espresso un principio rivoluzionario secondo il quale **quando si viola il dovere di comportamento secondo buona fede la sanzione irrogata dall'ordinamento giuridico sarebbe quella della nullità della clausola o dell'intero contratto**.

In realtà, secondo altra parte della dottrina (DONISI) la motivazione della sentenza si limita a far discendere la nullità della clausola suddetta non tanto dal fatto che il contraente più forte/società di leasing abbia con una condotta prevaricatrice imposto una clausola che integra una violazione del dovere di comportamento secondo buona fede nella conclusione del contratto (1337), bensì dall'immeritevolezza di tutela ex art. 1322, comma 2°, c.c.: "la clausola di trasferimento del rischio applicata alla consegna non realizza interessi meritevoli di tutela e quindi non è valida".

Una più recente pronuncia della **Cassazione (sent. del 29 settembre 2007, n. 20592 in Filippo Di Camillo, "La struttura del contratto di leasing finanziario e l'inadempimento del fornitore. Cassazione civile, sez. III, sentenza 29.09.2007 n° 20592", in *Altalex* (24Gen.2008), <http://www.altalex.com/index.php?idnot=39151&idstr=20> (17/11/2009)**, nel condividere quella del 1998, ha ribadito che dal momento che il leasing finanziario non ha solo una funzione di finanziamento (credito), ma anche quella di mettere a disposizione dell'utilizzatore un certo bene, se questo bene non viene messo a disposizione dell'utilizzatore vuole dire che il contratto non è in grado di svolgere per intero la sua funzione: un contratto, infatti, non può contenere clausole che implicitamente affermino la legittimità di condotte che ne rendano irrealizzabile la causa.

⁷ Cfr. Galgano, *op.ult.cit.*, p. 568.



dalla metà del secolo scorso, era stata perfino prospettata nel progetto preliminare al codice civile ove era stata prevista una norma (art. 7) del seguente tenore “Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito”⁸.

Tra le ragioni principali che spinsero molti autorevoli giuristi dell'epoca ad avversare tale norma inserita nei lavori preparatori del codice civile fu di certo il pericolo che la previsione normativa del divieto dell'abuso del diritto avrebbe attribuito ai giudici un potere eccessivo, per così dire di “creazione del diritto”.

Se fino ancora agli inizi degli anni sessanta la giurisprudenza di fronte ad abusi del proprio potere da parte di uno dei contraenti, o di comportamenti comunque qualificabili come contrari alla buona fede, aveva fatto ricorso alla clausola generale della colpa, è solo intorno agli settanta che essa ha iniziato a ricorrere in modo pieno e consapevole alle altre clausole generali poco sopra richiamate.

Negli anni novanta si registrano pronunce significative riguardanti il carattere abusivo di clausole inserite nei contratti di apertura del credito a tempo indeterminato e che prevedendo una rinuncia del cliente al preavviso minimo di quindici giorni fissato dall'art. 1845 c.c. ne operavano una riduzione a sole ventiquattro ore.

In particolare il Prof. Galgano si riferisce alla sentenza n. 4538 del 21 maggio 1997 della Corte di Cassazione⁹ in cui si risolve in senso negativo il problema che si pone nel caso di

⁸ “Codesta formula non fu riprodotta nel codice civile per le medesime ragioni che consigliarono di sopprimere ogni riferimento alla funzione sociale del diritto di proprietà”, così Paolo Pollice, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Giappichelli Editore, Torino, ult.ed, p. 35. Allude alle complesse motivazioni che portarono all'eliminazione di una norma sull'abuso del diritto: Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, pp. 12 ss.. Per un'analisi pretoria circa l'evoluzione storica della nozione di abuso si veda la recente sentenza della Corte di Cassazione, n. 20106 del 24 settembre 2009, Docenti.unina.it/Prof. Paolo Pollice/materiale didattico/diritto civile, *Corte di Cass., sent. n. 20106/24 settembre 2009, 20 Ott. 2009*, http://www.docenti.unina.it/downloadPub.do?tipoFile=materialeDidattico&nomeFile=/DIRITTO_CIVILE/Cassazione2009n.20106.pdf&nome=Cassazione2009n.20106.pdf (17/11/2009).

⁹ Corte di Cassazione, 21 maggio 1997, n. 4538, in *Giust. civ.*, 1998, I, c. 509.



recesso *ad nutum* della banca dal contratto di apertura del credito, che non è tanto quello della congruità del termine di preavviso, bensì quello dell'insindacabilità della scelta della banca di recedere *ad nutum* dal suddetto contratto.

Infatti, la Cassazione, pur ammettendo la banca fosse titolare del diritto potestativo di sciogliere il vincolo contrattuale con un atto unilaterale di volontà, e pur prendendo atto che per legge è riconosciuta alla banca la facoltà di recedere *ad nutum*, tuttavia affermò che detta facoltà di recesso *ad nutum* «non implica la totale insindacabilità del modo di esercizio del diritto potestativo di recesso da parte della banca» e che «il recesso di una banca dal rapporto di apertura del credito sia da considerare illegittimo ove in concreto esso assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari; connotati tali, cioè, da contrastare con al ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di potere disporre della provvista creditizia per il tempo previsto, e non potrebbe perciò pretendersi sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta»¹⁰.

La considerazione di fatto che fu sviluppata dalla Cass. nella decisione appena richiamata è stata la seguente: dal momento che nemmeno un'impresa finanziariamente solida sarebbe in grado di restituire tutto quanto ricevuto dalla banca entro un breve termine di preavviso, tanto di ventiquattro ore quanto di quindici giorni, il recesso *ad nutum* per non integrare un abuso del relativo diritto, non deve essere capriccioso, arbitrario, bensì essere fondato su una fondata ragione giustificativa (quale potrebbe essere, ad es., un'evidente

¹⁰ Così Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro It.*, 1997, I, c. 2479. In riferimento all'orientamento espresso da questa sentenza della Corte di Cass. è necessario individuare quale sia il **discrimen tra l'ipotesi di "recesso per giusta causa" e quella di "recesso ad nutum"**: «da quanto fin qui detto si può concludere che **la differenza è di ordine processuale e attiene alla distribuzione dell'onere della prova**. Nel recesso per giusta causa incombe sul recedente l'onere di provare la sussistenza di una giusta causa di recesso, pena l'inefficacia del recesso; nel recesso *ad nutum*, per contro, è l'altra parte che, per impedire l'effetto risolutivo del recesso, deve provare che esso è privo di ogni plausibile ragione giustificatrice», così Galgano, *op. ult.cit.*, p.573.



insolvenza del cliente), pena l'invalidità del recesso stesso. Anche in questa fattispecie, quindi, «si è finito con il fare applicazione dell'art. 1375, essendo il recesso *ad nutum* atto di esecuzione del contratto dal quale si recede»¹¹.

Sempre con riguardo al recesso *ad nutum* dal contratto quale fattispecie paradigmatica del fenomeno del governo giudiziario dell'autonomia contrattuale il Prof. Galgano ha svolto alcune riflessioni circa una recentissima sentenza del settembre scorso pronunciata dalla III Sez. della Corte di Cassazione¹², e che risulta vieppiù importante per la materia oggetto della causa (nella quale peraltro il Prof. Galgano ha assunto le vesti di difensore della parte vittoriosa in giudizio), —la concessione di vendita— sulla quale è intervenuta perfino un regolamento comunitario.

Nel luglio 2002, infatti, la Commissione ha adottato un nuovo regolamento di esenzione per categoria¹³ in materia di accordi di distribuzione di autoveicoli (il Regolamento n. 1400/02 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico).

In virtù della disciplina comunitaria appena richiamata la casa produttrice di automobili aveva pieno diritto di recedere dal contratto, purché nel rispetto del termine di preavviso di un anno.

Si è voluto concedere questo lungo termine di preavviso soprattutto nell'interesse del rivenditore di autovetture, che in virtù di questo tipo di contratti è tenuto ad osservare una serie di obblighi molto onerosi e stringenti, che si sostanziano perfino nel dovere di arredare secondo determinate direttive impartite dal concedente/ produttore i locali ove viene svolta la attività di rivendita, senza poi considerare gli ingenti investimenti compiuti,

¹¹ Galgano, *op. ult.cit.*, p.574.

¹² **Cass., 24 settembre 2009, n. 20106 cit..**

¹³ Il richiamato regolamento si inserisce tra quelli attuativi del par. 3 dell'art. 81 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, paragrafo che, stante il divieto posto nell'incipit della norma ad “accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”, specifica quando il suddetto divieto possa essere derogato. Tale deroga può essere disposta anche in virtù di esenzioni per categoria, la concessione delle quali ultime è posta in specifici regolamenti.

l'esigenza di smaltimento delle scorte, l'obbligo di consentire un agevole passaggio della clientela al concedente, la necessità di trovare un marchio di pari prestigio con il quale iniziare un nuovo rapporto di concessione di vendita.

In altre parole, un termine di preavviso congruo permette di evitare il tracollo economico che potrebbe derivare da un recesso con preavviso ridotto, certo non sufficiente al rivenditore per riorganizzare in modo adeguato la propria attività economica.

Nel caso oggetto di questa pronuncia della Corte di Cassazione il recesso ad nutum comunicato da una casa automobilistica francese a tutti i propri rivenditori italiani, pur rispettando il termine di preavviso di un anno imposto dal diritto comunitario, era fondata non tanto sulla "necessità di riorganizzare l'intera rete o una parte sostanziale di essa" (caso in cui il preavviso per il recesso ad nutum si riduce ad un anno)¹⁴, bensì sulla necessità di ristrutturare in toto la propria azienda. In sostanza, la casa produttrice, recedendo dal vincolo contrattuale con i rivenditori italiani, avrebbe potuto offrire una concessione di vendita in Italia ad una parte di propri dipendenti che intendeva licenziare nel quadro di una politica di ristrutturazione globale della propria azienda.

Ebbene, il problema che in questo caso concreto si è posto è stato il seguente: è possibile sindacare le ragioni che hanno indotto la casa produttrice all'esercizio del diritto di recesso ad nutum?

I giudici di primo grado e di appello ritennero irrilevante la ragione fondante la scelta di recesso ad nutum, stante il

¹⁴ Ebbene, **l'esenzione dal divieto di cui all'art. 81 Trattato istitutivo della Comunità Europea di accordi, decisioni e pratiche concordate tra imprese lesive della libera concorrenza nel mercato comunitario prevista dall'art. 2 del Regolamento n. 1400/02 della Commissione cit. quanto a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico «si applica a condizione "che l'accordo verticale concluso con un distributore o riparatore preveda», tra le altre cose, «che: [...] b) l'accordo venga concluso per una durata indeterminata; in tal caso il preavviso minimo per il recesso ordinario dall'accordo è di due anni per entrambe le parti; il preavviso minimo viene ridotto ad un anno qualora**

— **il fornitore sia tenuto, per legge o in forza di una convenzione particolare, a pagare una congrua indennità in caso di recesso dall'accordo, oppure**

— **il fornitore receda dall'accordo in caso di necessità di riorganizzare l'intera rete o una parte sostanziale di essa».**



riconoscimento di detto diritto in virtù del contratto, ed il rispetto del termine legale di preavviso di un anno.

Risposta completamente diversa a quel quesito è stata data dalla Corte di Cass., la quale ha invece valutato la ragione concreta per la quale il diritto di recesso ad nutum era stato esercitato dalla casa produttrice, ed ha ravvisato in esso una condotta abusiva, data la funzionalizzazione di quel diritto ad un scopo diverso da quello per il quale esso era stato riconosciuto in virtù del contratto.

La Cassazione ha esercitato, dunque, anche in questa ipotesi un governo dell'autonomia negoziale invocando la clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, adoperata più volte nella sua precedente giurisprudenza, come nel noto caso dell'abuso nell'esercizio del diritto di voto nelle assemblee delle s.p.a. (es: aumento di capitale deliberato dalla maggioranza al solo scopo di liberarsi di una minoranza ostile, nella consapevolezza che essa non sarà in grado di sottoscrivere le azioni di nuova emissione).

Carnelutti, avendo colto già negli anni trenta l'intrinseca ingiustizia di una condotta abusiva estrinsecatesi perfino in un atto apparentemente insindacabile come l'esercizio del diritto di voto all'interno di un'assemblea societaria, aveva declinato nel diritto civile la categoria amministrativa dell'eccesso di potere (giacché un socio di maggioranza che abusi della propria posizione per far approvare una delibera rispondente ad un proprio interesse commette un abuso di potere, allo stesso modo in cui lo commetterebbe un pubblico funzionario che esercitasse il suo potere per realizzare un interesse diverso dal quello generale per il quale esso gli è riconosciuto).

La Corte di Cassazione con il tempo ha però abbandonato il ricorso alla categoria amministrativistica dell'eccesso di potere, ed ha affermato che è piuttosto alla stregua della buona fede nell'esecuzione del contratto, quale criterio di valutazione dell'esercizio del diritto atto a distinguere fra il suo "uso" ed il suo "abuso": se, infatti, il socio esercitando il proprio diritto di voto nell'assemblea compie un atto di esecuzione del contratto di società, la sua condotta va valutata alla luce del canone della buona fede che appunto la governa.

Il Prof. Galgano si riferisce in particolare alla sentenza della Cassazione n. 11151 del 26 ottobre 1995¹⁵, che ha dichiarato l'annullabilità della deliberazione assembleare di società di capitali ispirata ad un interesse extrasociale della maggioranza, muovendo dalla premessa che «l'esercizio del diritto di voto deve, a norma dell'art. 1375, essere esercitato secondo buona fede», per cui «il voto espresso per realizzare un interesse extrasociale, con danno per la minoranza, integra gli estremi dell'abuso del diritto».

Altra sentenza che ha fatto molto discutere e che pure rappresenta un esempio di governo giudiziario dell'autonomia contrattuale è quella con la quale la Cassazione ha ammesso la rilevabilità d'ufficio della penale eccessiva.

Nella ormai storica sentenza “Morelli” (Cass. Sez. I civ., Sent. 24 settembre 1999 n. 10511¹⁶), pres. Greco, est. Morelli), si è inaugurato un orientamento giurisprudenziale nuovo secondo il quale, premesso che «il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva risponde ad una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata —in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente anche alla fase della formazione del contratto», doveva ritenersi possibile la riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, «anche in difetto di istanza della parte interessata».

In particolare nella sentenza de qua la Corte di Cassazione ha affermato la nullità della penale manifestamente eccessiva in quanto non rispondente ad interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e dunque affetta da nullità parziale secondo un criterio quantitativo, quanto, cioè, alla parte eccessiva.

Questa pronuncia ha destato molto scalpore nella comunità scientifica, per due ordini di ragioni:

1) da un lato, per la doverosità dell'ossequio al principio generalissimo *iudex ne procedat ex officio*,

2) dall'altro, in quanto espressione di un'equità correttiva della determinazione pattizia, che, si è obiettato, dovrebbe essere ammessa solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

¹⁵ Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151 in *Giur. comm.*, 1996, II, 329.

¹⁶ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giur. it.*, 2000, 1154 .



La Cassazione ha fatto spesso ricorso alla norma dell'art. 1322, comma 2°, c.c., e dunque alla clausola generale della meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico, giungendo, contrariamente a quanto si è appena ricordato con riferimento alla penale eccessiva, anche a ritenere valido alla stregua della stessa un contratto atipico: ciò è accaduto nel caso del c.d. "contratto autonomo di garanzia".

Il contratto autonomo di garanzia, che ci proviene dall'esperienza tedesca, deroga a due principi fondamentali posti dal nostro ordinamento giuridico in materia di fideiussione:

- 1) principio di accessorietà ex art. 1939 c.c.
- 2) principio del regime delle eccezioni ex art. 1945 c.c..

Nonostante i molteplici dubbi avanzati dalla dottrina e dai giudici di merito circa la compatibilità del contratto autonomo di garanzia con la nostra esperienza giuridica derivanti dalla sua "astrattezza" (la sussistenza della clausola del pagamento "a prima richiesta" e senza eccezioni comporta che il garante rimanga sempre vincolato alla garanzia anche in caso di nullità della fonte dell'obbligazione garantita o di già avvenuto adempimento di quest'ultima), la Corte di Cassazione, constatando che il diritto "deve fare i conti" anche con l'economia, ha ritenuto meritevole di tutela tale contratto atipico per il fatto che la sua dichiarazione di nullità avrebbe in sé creato un danno notevole agli operatori economici italiani, che, laddove non avessero potuto utilizzarne i meccanismi, si sarebbero trovati fortemente svantaggiati a concorrere con gli operatori giuridici stranieri nel mercato internazionale.

Questa motivazione, certo coraggiosa, della validità del contratto autonomo di garanzia, fondata sulla meritevolezza di tutela giuridica degli interessi dallo stesso perseguiti, è contenuta in una ormai risalente **sentenza della Corte di Cass., la n. 23786, del 16 novembre 2007**¹⁷.

Del resto anche la filosofia giuridica di quel tempo, della quale il Prof. Galgano ricorda, per il suo carattere emblematico, un brillante saggio del Fassò¹⁸, era nel senso che il compito di

¹⁷ Cass, 16 novembre 2007, sent. n. 23786, in *Persona e danno*, http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/009107_resource1_orig.pdf (17/11/2009)

¹⁸ G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale* (1972), in Id., *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II, a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 987-1050.



adeguare il diritto ai mutamenti della realtà sociale non fosse tanto del legislatore, quanto piú del giudice, chiamato ogni giorno, al fine di rendere giustizia, a dare una pregnanza concreta alle norme giuridiche.

Quanto poi alla clausola generale della “buona fede nell’interpretazione del contratto” (art. 1366 c.c.) secondo una giurisprudenza tradizionale della Cassazione, condivisa solo da una parte della dottrina, il criterio dell’interpretazione¹⁹ del contratto secondo buona fede era sussidiario rispetto a quello fondamentale dell’interpretazione letterale: secondo tale orientamento, laddove alla luce di una interpretazione letterale del contratto risultasse già chiara l’intenzione delle parti, non era possibile fare ricorso a criteri di interpretazione oggettiva come quello della buona fede (*in claris non fit interpretatio*).

Quest’orientamento («secondo il quale», ricorda il Prof. Galgano, «il senso letterale delle parole è “criterio fondamentale e prioritario”, con la conseguenza che, “ove le espressioni usate nel contratto siano di chiara e inequivoca significazione, la ricerca della comune volontà è esclusa”»²⁰) è stato superato alla fine degli anni novanta, quando la formula omnicomprensiva del governo giudiziario dell’autonomia privata ha iniziato a prendere piede nella nostra giurisprudenza, per cui la Cassazione ha cominciato a sostenere il carattere non sussidiario, bensì principale del criterio dell’interpretazione secondo buona fede, tale per cui esso va applicato anche quando il contratto sia chiaro, correggendo così la volontà delle parti²¹.

¹⁹ Quanto ai criteri oggettivi e soggettivi di interpretazione del contratto si veda Galgano, *op.ult.cit.*, pp. 427 ss..

²⁰ Così Galgano, *op.ult.cit.*, ibidem, che, nel richiamare testualmente la **sentenza n. 19140 della Corte di Cassazione del 29 settembre 2005** (in Vittorio Mirra, “Interpretazione dei contratti conclusi mediante moduli e formulari (assicurazione), *Overlex*, (2005), <http://www.overlex.com/leggisentenza.asp?id=442&testocompleto=si>, (17/11/2009)”), la colloca tra quelle che affermano il **c.d. «principio del gradualismo»**, «secondo il quale deve farsi riferimento a criteri interpretativi sussidiari solo quando i criteri principali (significato letterale e collegamento tra le varie clausole contrattuali) siano insufficienti all’individuazione del comune intento dei contraenti” (Cass. 15 aprile 2002, n. 5424, in *Mass.Foro.it.*, 2002; Cass., 16 gennaio 2002, n. 397, *ivi*, 2002; Cass., 28 aprile 1999, n. 4241, *ivi*, 1999; Cass., 27 dicembre 1999, n. 14587, *ivi*, 1999; Cass., 26 giugno 1996, n. 5893, *ivi*, 1996)».

²¹ Il Prof. Galgano, si riferisce a pronunce **della Corte di Cass.**, quali la **sentenza del 17 febbraio 2004 n. 2992** (in *Dir. e giust.*, 2004, fasc.13,



La sent. n. 2992 del 17 febbraio 2004 della Corte di Cassazione ha appunto dichiarato che la clausola secondo la quale il promittente alienante deve provvedere alla cancellazione dei vincoli sull'immobile «al più tardi alla data del rogito» deve essere intesa, perché sia conforme a buona fede, nel modo seguente: «in tempo utile affinché il promissario acquirente possa ottenere dalla banca la concessione di un mutuo ipotecario»²².

Il contratto, in altre parole, benché chiaro sul piano prettamente letterale, così formulato è apparso incongruo alla Cassazione, in quanto lesivo dell'interesse del promissario acquirente acché il bene oggetto della promessa di vendita venisse liberato dal mutuo ipotecario in tempo utile per consentirgli di poter costituire egli stesso un'ipoteca su quel bene a garanzia del mutuo bancario indispensabile al pagamento del corrispettivo.

Il Prof. Galgano, allargando la prospettiva dell'analisi del fenomeno del governo giudiziario dell'autonomia contrattuale al di fuori dei confini nazionali, ha ritenuto doveroso concludere le proprie riflessioni sul tema del governo giudiziario dell'autonomia contrattuale prendendo in considerazione clausole generali che vivono nell'ambito della comunità internazionale degli operatori economici (la c.d. "business community") retta dalla nuova *Lex mercatoria*.

Da quest'ultima l'Istituto per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT) ha elaborato un'organica compilazione, intitolata "Principi dei contratti commerciali internazionali"—, che (in entrambe le sue versioni del 1994 e del 2004) non pretende di avere alcun valore vincolante, ma lo assume indirettamente grazie al richiamo alla stessa compiuto dai lodi arbitrali quale "fonte attendibile del diritto commerciale internazionale».

Si tratta di una fitta rete di principi e clausole generali che se in parte costituiscono l'esito di un processo di ricezione e generalizzazione di quelli propri degli ordinamenti di civil law e common law, altre volte risultano innovativi rispetto alle relative tradizioni giuridiche, consentendo una tutela molto estesa ed efficace dei contraenti deboli.

p.34), per la quale il canone ermeneutico della buona fede rappresenta un criterio correttivo del testo contrattuale, e ciò «anche quando l'interpretazione delle clausole che concorrono alla formazione del testo negoziale compiuta sulla base del senso letterale delle parole, conduca ad un risultato di certezza».

²² Così Cass., 17 febbraio 2004, sent. n. 2992 cit.



Si pensi alla figura della c.d. “*Gross disparity*”, che «è causa di annullamento del contratto affetto da grave squilibrio tra le prestazioni, la cui misura rilevante, ossia *gross*, è di volta in volta giudizialmente accertata (art. 3.10 Principi UNIDROIT) e che opera «oltre i limiti della rescissione del contratto, sulla base della sola sproporzione originaria fra le prestazioni, ed a prescindere dagli specifici requisiti dello stato di bisogno di un contraente e dell’approfittamento dell’altro contraente, nonché della misura *ultra dimidium* della sproporzione»²³; o, infine, a quella c.d. dell’“*Hardship*”, riguardante una sproporzione tra le prestazioni dovuta a circostanze sopraggiunte, e che consente al giudice di riequilibrare le posizioni del contratto laddove le parti non siano riuscite a rinegoziare e quindi a rimediare alla sproporzione sopravvenuta.

La particolarità dei principi come quelli UNIDROIT è data dal fatto che essi non si applicano a rapporti che si instaurino tra soggetti appartenenti a categorie diverse, reputata l’una più debole dell’altra (ad esempio quella dei consumatori rispetto a quella dei professionisti/imprese), bensì a tutti i rapporti contrattuali i cui protagonisti siano in posizione squilibrata l’uno rispetto all’altro, e ciò indipendentemente dal fatto che possano o meno appartenere alla stessa condizione economico—sociale (si pensi ad un contratto tra una solida multinazionale europea ed una piccola impresa africana).

²³ Così Galgano, *op.ult.cit.*, pp. 546 ss..